

- Szczyrzyc - Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz - Etap II", numer postępowania: 9090/IRZR1/14771/03784/24/P, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 września 2024 r., pod numerem publikacji: 530403-2024 (numer wydania Dz. U. S: 172/2024).

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

21 lipca 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu Dogus Construction Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Doğuş İnşaat ve Ticaret A.Ş.

z siedzibą w Stambule (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie dotyczące czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej przez odrzucenie jego oferty, ewentualne zaniechanie wezwania go do wyjaśnień oraz przez wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Budimex S.A., Budimex Kolejnictwo S.A. oraz Gulermak S.A.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego na skutek uznania, że wbrew postanowieniom pkt 12.5 IDW nie złożył on wraz z ofertą Rozbicia Ceny Ofertowej („RCO”) w zakresie pliku 19. Zamówienia opcjonalne branży sterowania ruchem kolejowym – Opcja (TOM V SWZ – RCO/ 3. Opcja) („Plik 19”), a zatem zdaniem zamawiającego nie wycenił on pozycji, które zostały opisane w odniesieniu do zamówienia opcjonalnego, podczas gdy odwołujący, zarówno w treści RCO jak i w treści Formularza Oferty wycenił prace wchodzące w zakres zamówienia opcjonalnego, a zatem zamawiający miał wiedzę co do wartości realizacji tego zakresu robót, a brak rozbicia ww. kwoty mającej charakter ryczałtowy na dwie wskazane w Pliku 19 pozycje nie miał żadnego wpływu na ocenę oferty, realizację prac czy też rozliczenie zamówienia opcjonalnego na etapie realizacji zamówienia; ewentualnie:

2) art. 223 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przez niezasadne zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty w zakresie objęcia ofertą wyceny prac objętych prawe opcji oraz pozycji jednostkowych w pliku 19. Zamówienia opcjonalne branży sterowania ruchem kolejowym – Opcja (TOM V SWZ – RCO/ 3. Opcja),

z uwagi na to, że jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do objęcia ofertą i sposobu wyceny zakresu opisanego w Pliku 19, przed zastosowaniem najdalej idącej sankcji tj. odrzucenia oferty powinien w pierwszej kolejności zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w celu ustalenia, czy zobowiązanie wykonawcy obejmuje cały zakres zamówienia, w tym zamówienie opcjonalne;

3) art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budimex S.A., Budimex Kolejnictwo S.A., Gulermak S.A. podczas gdy biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert (100% cena) to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie w całości;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania i innych dowodów w przypadku ich złożenia przez odwołującego na rozprawie;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z 9 lipca 2025 r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty;
- nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;
- ewentualnie wezwanie odwołującego do wyjaśnienia treści oferty.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A.

z siedzibą w Warszawie, Budimex Kolejnictwo S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „przystępującym”). Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez ww. wykonawcę.

25 sierpnia 2025 r. przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 i 2 w zw. z art. 529 Pzp – na posiedzeniu niejawnym jako wniesionego przed podmiot nieuprawniony (art. 528 pkt 2 Pzp) oraz z uwagi na fakt, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy (art. 528 pkt 1 Pzp).

27 sierpnia zamawiający przekazał do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił stanowisko dla wniosku o oddalenie odwołania.

27 sierpnia 2025 r. przystępujący złożył kolejne pismo, w którym podtrzymał wniosek o odrzucenie odwołania oraz dodatkowo przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

28 sierpnia 2025 r. odwołujący przedstawił pismo, którym zawarł stanowisko mające potwierdzać niezasadność

wniosku przystępującego o odrzucenie odwołania.

Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 528 pkt 1 i 2 Pzp w związku z uznaniem, że w sprawie nie miały zastosowania przepisy ustawy oraz odwołanie zostało wniesione przed podmiot nieuprawniony.

Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCORSp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu, Dogus Construction Poland Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie oraz Doğu İnşaat ve Ticaret A.S. z siedzibą w Stambule. Nie ulegało więc wątpliwości, że odwołanie wnieśli wykonawcy działający wspólnie, z których jeden podmiot ma swoją siedzibę w Republice Turcji. Co istotne Turcja nie zawarła z Unią Europejską umowy międzynarodowej gwarantującej dostęp do zamówień publicznych na zasadzie wzajemności i równości.

Na wstępie Izba podkreśliła, że wykonawcy z państw trzecich, które nie zawarły z Unią Europejską umowy międzynarodowej gwarantującej dostęp do zamówień publicznych na zasadzie wzajemności i równości, nie mogą powoływać się na przepisy dyrektywy z dziedziny zamówień publicznych, które zostały ustanowione przez prawodawcę Unii Europejskiej.

W sposób jednoznaczny przesądził to Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwany dalej jako: „TSUE”) m.in. w wyroku w sprawie C-652/22 Kolin, który – co podkreślił sąd okręgowy

w wyroku z 23 czerwca 2025 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 26/25 – jest wiążący dla wszystkich organów państw członkowskich, w tym Krajowej Izby Odwoławczej. Co warto podkreślić TSUE we wskazanej sprawie – jak wynika z tezy 39 – rozstrzygał następujący problem: *czy skarga wniesiona do sądu państwa członkowskiego przez wykonawcę z państwa trzeciego, w niniejszym przypadku z Republiki Turcji, w celu zakwestionowania decyzji*

o udzieleniu zamówienia publicznego wydanej w tym państwie członkowskim może zostać zbadana w świetle przepisów w dziedzinie zamówień publicznych ustanowionych przez prawodawcę Unii, takich jak art. 36 i 76 dyrektywy 2014/25, na które powołuje się w niniejszym przypadku Kolin i które są przedmiotem zadanych pytań prejudycjalnych. Był to zatem problem analogiczny do zaistniałego w przedmiotowej sprawie, który sprowadzał się do ustalenia, czy Izba może badać odwołanie konsorcjum, w składzie którego występuje wykonawca z państwa trzeciego bez umowy. Kluczowe dla udzielenia odpowiedzi w powyższym zakresie okazało się stwierdzenie, jakie TSUE zawarł w tezie 45 ww. wyroku, gdzie czytamy: *Co się tyczy wykonawców z tych państw trzecich, należy zauważyć, że o ile prawo Unii nie stoi na przeszkodzie temu, by wykonawcy ci byli, w braku pozbawiających ich tego prawa środków przyjętych przez Unię, dopuszczeni do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego regulowanym dyrektywą 2014/25, o tyle stoi ono na przeszkodzie temu, by wspomniani wykonawcy mogli w związku ze swoim udziałem w takim postępowaniu powoływać się na tę dyrektywę i w ten sposób domagać się równego traktowania swoich ofert z ofertami złożonymi przez oferentów z państw członkowskich i oferentów z państw trzecich, o których mowa w art. 43 omawianej dyrektywy.* Dalej, w tezie 46: *Objęcie wykonawców*

z państw trzecich, o których mowa w pkt 44 niniejszego wyroku, zakresem stosowania przepisów w dziedzinie zamówień publicznych, które prawodawca Unii, jak wynika z motywu 2 dyrektywy 2014/25, ustanowił w celu zapewnienia niezakłóconej konkurencji i których sama istota obejmuje zasadę równego traktowania (zob. podobnie wyroki: z dnia 17 września 2002 r., Concordia Bus Finland, C-513/99, EU:C:2002:495, pkt 81; z dnia 3 czerwca 2021 r., Rad Service i in., C-210/20, EU:C:2021:445, pkt 43; z dnia 13 czerwca 2024 r., BibMedia, C-737/22, EU:C:2024:495, pkt 30), skutkowałoby bowiem przyznaniem im prawa do „nie mniej korzystnego traktowania” z naruszeniem art. 43 tej dyrektywy, który ogranicza korzystanie

z tego prawa do wykonawców z państw trzecich, które zawarły z Unią umowę międzynarodową taką jak te, o których mowa w tym artykule. Tym samym TSUE w sposób kategoriyczny wykluczył możliwość powołania się przez wykonawców z państw trzecich bez umowy na dyrektywę w dziedzinie zamówień publicznych (w całości), przy czym w sposób szczególny (teza 51): *W związku z tym w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, charakteryzującej się udziałem tureckiego wykonawcy, którego udział w postępowaniu*

o udzielenie zamówienia publicznego podlegającym dyrektywie 2014/25 został zaakceptowany przez podmiot zamawiający, wykonawca ten nie może powoływać się na art. 36 i 76 tej dyrektywy w celu zakwestionowania decyzji o udzieleniu danego zamówienia.

W związku z tym po pierwsze, sama decyzja zamawiającego o dopuszczeniu wykonawców

z państw trzecich bez umowy do udziału w postępowaniu nie zmienia niczego w zakresie braku możliwości powoływania się na dyrektywę zamówieniową, po drugie, niewątpliwie (niezależnie od tego, że dotyczy całej dyrektywy, jak powyżej wspomniano), odnosi się to do dwóch wskazanych przepisów: art. 36 i 76 tej dyrektywy. Jest to o tyle ważne, że ww. przepisy dotyczą:

- art. 36 dyrektywy – zasad ogólnych udzielania zamówienia publicznego, a zatem jest to przepis stanowiący źródło

podstawowych zasad w Pzp;

- art. 76 dyrektywy – procedury wyboru uczestników, ich kwalifikacji podmiotowej, wyjaśnień treści oferty, a w końcu także wyboru oferty.

Jak wskazano powyżej, do czego wprost odniósł się TSUE, wykonawcom z państw trzecich bez umowy nie przysługuje prawo do powoływania się na ww. regulacje, które stanowią transpozycję do polskiego porządku prawnego przepisów dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych. Wprost wyrażono to w tezie 65 omawianego wyroku: *W każdym razie organy krajowe nie mogą interpretować krajowych przepisów transponujących dyrektywę 2014/25 w ten sposób, że mają one zastosowanie również do wykonawców z państw trzecich, które nie zawarły takiej umowy z Unią, którzy zostaliby dopuszczeni przez podmiot zamawiający do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w danym państwie członkowskim, i to pod rygorem naruszenia wyłącznego charakteru kompetencji Unii w tej dziedzinie.* Przy czym kwestią oczywistą jest, że przepisy Pzp stanowią transpozycję do polskiego porządku prawnego dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych, co zostało nie tylko wskazane w uzasadnieniu projektu Pzp, ale także w samej Pzp.

Analogiczne podejście znajdzie zastosowanie do konsorcjum, w skład którego wchodzi wykonawca z państwa trzeciego bez umowy, co potwierdził z kolei TSUE w wyroku w sprawie C-266/22 Qingdao. W orzeczeniu tym, które dotyczyło konsorcjum, w skład którego wchodził chiński wykonawca, TSUE powtórzył zasadnicze tezy wyroku w sprawie Kolin, w tym m.in.

w tezie 64 tego wyroku wskazał, że – właśnie z uwagi na brak wprowadzenia przez UE przepisów regulujących udział w przetargach w UE wykonawców z państw trzecich bez umowy, w tym zapewniających ich równe traktowanie, a tym samym stosowanie dyrektyw zamówieniowych – to do instytucji zamawiającej należało podjęcie decyzji, na warunkach określonych w poprzednim punkcie niniejszego wyroku, czy konsorcjum należy dopuścić, czy wykluczyć.

W pierwszej kolejności, w świetle powyższych rozważań nie budzi wątpliwości, że do wykonawców z państw trzecich bez umowy, nie mają zastosowania ani przepisy dyrektyw

z dziedziny zamówień publicznych, ani też krajowe przepisy transponujące dyrektywę, a zatem Pzp. Jest to o tyle ważne, ponieważ wprost wskazuje to, że w przedmiotowej sprawie „nie mają zastosowania przepisy ustawy”, a zatem odwołanie powinno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 1 Pzp.

Zgodnie z treścią art. 528 pkt 1 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Przepis ten nie pozostawia wątpliwości, że – o ile „w sprawie”, a zatem w postępowaniu toczącym się przed Izbą – nie znajdują zastosowania przepisy ustawy, odwołanie nie może zostać w sposób merytoryczny rozpoznane. Przepisy te znajdują natomiast zastosowanie, o ile wykonawca będzie mógł się na nie powołać przed Izbą, tj. wskazać, że zostały naruszone przez zamawiającego, co ma zostać ocenione w trakcie rozpoznania sprawy przez Izbę. Wspomniane regulacje stanowią bowiem (a precyzyjniej ich naruszenie) „przedmiot rozpoznania” Izby. Tym samym jeśli przepisy Pzp w ogóle nie znajdują zastosowania, bo wykonawca z państwa trzeciego bez umowy, nie może się na nie powoływać, Izba – mówiąc najprościej – nie ma w zakresie czego orzekać. Nie może stwierdzić naruszenia tych przepisów, bo nie znajdują one zastosowania.

Co szczególnie ważne, jak się podkreśla w kontekście omawianej przesłanki odrzucenia odwołania, niestosowanie Pzp może mieć miejsce na mocy szczególnego przepisu. W tym przypadku takim przepisem był art. 43 dyrektywy sektorowej, który mówi

o braku zapewnienia równego traktowania w postępowaniu wykonawcom z państw trzecich bez umowy, co – jak już wskazano powyżej – oznacza brak stosowania względem tego wykonawcy przepisów dyrektywy i krajowych przepisów transponujących te regulacje (Pzp). Przyjęcie odmiennego zapatrywania i udzielenie ochrony prawnej z możliwością powołania się na przepisy Pzp (dyrektywy) faktycznie oznaczałoby, że przepisy dyrektywy (a w dalszej kolejności Pzp) stosuje się do wykonawców z państw trzecich bez umowy, co jest wprost sprzeczne – jak już powyżej wskazano – z orzecznictwem TSUE.

Sytuacja powyższa – *mutatis mutandis* – była bardzo zbliżona do przypadków, w których wartość zamówienia jest określona poniżej progów stosowalności Pzp, a mimo tego podmiot publiczny („zamawiający”) zdecydował (wskazał w ogłoszeniu), że proceduje zgodnie z Pzp. W takiej sytuacji oferenci, mimo stosownego wskazania w ogłoszeniu, także nie mogą powoływać się na przepisy Pzp przed Izbą, co skutkuje odrzuceniem odwołania. Prawa wynikające z Pzp w takiej sytuacji bowiem wykonawcy nie przysługują. Natomiast procedowanie niezgodnie z ogłoszeniem („zasadami gry, które określił ten podmiot”) może być ewentualnie przedmiotem rozpoznania przez sąd powszechny, w tym dochodzenia przez tego „wykonawcę” odszkodowania lub roszczeń na podstawie przepisów k.c. (np. *culpa in contrahendo*).

Tym samym skoro wykonawcy z państw trzecich bez umowy nie mogą powoływać się na przepisy dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych, a także przepisy krajowe transponujące te przepisy, to po pierwsze, w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy (podstawa do odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 1 Pzp), a po drugie, odwołanie

zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, co też wynika m. in. z braku stosowania dyrektyw odwoławczych.

W odniesieniu do przesłanki odrzucenia odwołania określonej w art. 528 pkt 2 Pzp, Izba w pełnej rozciągłości przyjęła i uznała za zasadne stanowisko wyrażone w wyroku z 2 lipca 2025 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2125/25. Z orzeczeniu tym Izba uznała, że kierując się tezami wynikającymi z orzeczeń wydanych w trybie prejudycjalnym przez TSUE (wyrok z 22 października 2024 r. w sprawie C-652/22, Kolin oraz wyrok z 13 marca 2025 r., w sprawie C-266/22, Qingdao), a także z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z 23 czerwca 2025 r., w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 26/25, odwołanie zostało wniesione przez wykonawców z państw trzecich, którym nie przysługują środki ochrony prawnej przewidziane w Pzp, zaimplementowane z dyrektywy odwoławczej (w orzeczeniu dotyczącym sprawy o sygn. akt KIO 2125/25 odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spośród, których dwa podmioty miały swoją siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej, która podobnie jak Republika Turcji również nie zawarła z Unią Europejską umowy międzynarodowej gwarantującej dostęp do zamówień publicznych na zasadzie wzajemności i równości).

Jak wynika z wyroku w sprawie C-652/22, TSUE uznał wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym za niedopuszczalny i wskazał: 64. *Zważywszy, że wykonawcom z państw trzecich, które nie zawarły z Unią umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych, nie przysługuje prawo do „nie mniej korzystnego traktowania” na podstawie art. 43 dyrektywy 2014/25, podmiot zamawiający może przedstawić w dokumentach zamówienia warunki traktowania, które mają odzwierciedlać obiektywną różnicę między sytuacją prawną tych wykonawców a sytuacją prawną wykonawców z Unii i z państw trzecich, które zawarły z Unią taką umowę w rozumieniu wskazanego art. 43. 65. W każdym razie organy krajowe nie mogą interpretować krajowych przepisów transponujących dyrektywę 2014/25 w ten sposób, że mają one zastosowanie również do wykonawców z państw trzecich, które nie zawarły takiej umowy z Unią, którzy zostaliby dopuszczeni przez podmiot zamawiający do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w danym państwie członkowskim, i to pod rygorem naruszenia wyłącznego charakteru kompetencji Unii w tej dziedzinie. 66. O ile można sobie wyobrazić, że zasady traktowania takich wykonawców powinny być zgodne z określonymi wymogami, takimi jak wymóg przejrzystości lub proporcjonalności, o tyle środek odwoławczy jednego z nich mający na celu podniesienie naruszenia takich wymogów przez podmiot zamawiający może być badany wyłącznie w świetle prawa krajowego, a nie prawa Unii.* Niewątpliwie TSUE stwierdził, że krajowych przepisów transponujących dyrektywę 2014/25 nie można wyklądać w taki sposób, że mają one zastosowanie również do wykonawców z państw trzecich, które nie zawarły takiej umowy z UE, gdyż naruszałoby to wyłączną kompetencję Unii w tej dziedzinie. Co więcej TSUE stwierdził, że środek odwoławczy wniesiony przez podmiot z takich państw, w którym są podnoszone naruszenia wymogów przejrzystości i proporcjonalności, może być badany wyłącznie w świetle prawa krajowego, a nie unijnego. Skoro więc polskie przepisy dopuszczające wniesienie środka ochrony prawnej stanowią implementację dyrektywy odwoławczej to odwołanie wniesione przez podmiot z państwa trzeciego, które nie zawarło

z Unią umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych jest niedopuszczalne i zasadnym było uznanie, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Zdaniem Izby, jakkolwiek TSUE zważył, że wykonawcom z państw trzecich, które nie zawarły z Unią umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych, nie przysługuje prawo do „nie mniej korzystnego traktowania” na podstawie art. 43 dyrektywy 2014/25 i pozostawił w gestii podmiotu zamawiającego decyzję o dopuszczeniu takich wykonawców do udziału w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego oraz określenie zasad i warunków ich udziału, to jednak jednoznacznie stwierdził, że: *środek odwoławczy jednego z nich mający na celu podniesienie naruszenia takich wymogów przez podmiot zamawiający może być badany wyłącznie w świetle prawa krajowego, a nie prawa Unii.*

Zgodnie z art. 513 Pzp odwołanie przysługuje m.in. na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia bądź zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Rozpoznanie zarzutów wobec wyżej wskazanych czynności czy zaniechań podnoszonych przez wykonawców z państw trzecich prowadziłoby do przyznania im uprawnienia do dochodzenia praw do nie mniej korzystnego traktowania, które takim wykonawcom nie przysługuje.

Niezależnie zatem, czy udział podmiotów z takich państw został przewidziany w dokumentach zamówienia czy też nie, to odwołanie w świetle polskich przepisów Pzp, w tym przepisów dotyczących wnoszenia środków ochrony prawnej, transponujących unijne dyrektywy takim wykonawcom nie przysługuje. Powyższe potwierdzone zostało również we wskazywanym wcześniej wyroku TSUE z 13 marca 2025 r., C-266/22, Qingdao, wydanym w trybie prejudycjalnym na wniosek złożony przez Curtea de Apel București (sąd apelacyjny w Bukareszcie, Rumunia), w

którym zaznaczono wyłączną kompetencję Unii do stanowienia prawa lub przyjmowania prawnie wiążących aktów w zakresie dostępu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego dla wykonawców z państw trzecich, które nie zawarły umowy międzynarodowej z Unią, ale też przedstawiono podobne wnioski w zakresie dopuszczalności wnoszenia środka ochrony prawnej przez podmioty z państw trzecich: 66. *Należy jeszcze podkreślić, że z uwagi na to, iż wykonawcom z państw trzecich, które nie zawarły z Unią umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych, nie przysługuje prawo do nie mniej korzystnego traktowania na podstawie art. 25 dyrektywy 2014/24, instytucja zamawiająca może przedstawić w dokumentach zamówienia warunki traktowania, które mają odzwierciedlać obiektywną różnicę między sytuacją prawną tych wykonawców a sytuacją prawną wykonawców z Unii i z państw trzecich, które zawarły z Unią taką umowę w rozumieniu wskazanego art. 25. O ile można sobie wyobrazić, że te warunki traktowania muszą być zgodne z określonymi zasadami i wymogami, takimi jak zasady pewności prawa i ochrony uzasadnionych oczekiwań, o tyle skarga zmierzająca do podniesienia naruszenia takich zasad przez instytucję zamawiającą może być badana wyłącznie w świetle prawa krajowego, a nie prawa Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 22 października 2024 r., Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret, C-652/22, EU:C:2024:910, pkt 64, 66).*

Co więcej, właściwość interpretacji wskazującej, że odwołanie wniesione przez podmiot pochodzący z państwa trzeciego, które nie zawarło z Unią umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych, powinno zostać odrzucone potwierdzają przedstawione przez służby Komisji Europejskiej odpowiedzi na pytania zadane m.in. przez sieć organów odwoławczych ds. zamówień publicznych, dotyczące warunków dopuszczalnego udziału wykonawców z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych w nieoficjalnym dokumencie opublikowanym w maju 2025 r.: *Udział w rynku zamówień publicznych oferentów z państw trzecich w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości (wyroki w sprawach C-652/22, Kolin i C-266/22, Qingdao)*. Izba zwróciła uwagę na te odpowiedzi, które w sposób jednoznaczny odnoszą się do dopuszczalności wniesienia środka ochrony prawnej: 5.1. *Instytucja zamawiająca może jednak podjąć decyzję o stosowaniu tych samych warunków do ofert z nieobjętych nią państw trzecich i traktować je nie mniej korzystnie niż oferty składane przez wykonawców z UE / państw objętych umową. Wykonawcom z państw nieobjętych dyrektywą nie przysługuje jednak prawo do odwołania na mocy przepisów krajowych transponujących prawodawstwo UE (pkt 66 wyroku w sprawie Qingdao). (...) 6.1. Organy krajowe nie mogą interpretować przepisów krajowych transponujących unijne prawo zamówień publicznych jako mających zastosowanie również do wykonawców z państw nieobjętych dyrektywą (zob. pkt 65 wyroku w sprawie Kolin). Skarga tych wykonawców, którzy twierdzą, że instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający naruszył określone wymogi, może być rozpatrywana wyłącznie w świetle prawa krajowego, a nie prawa UE (zob. pkt 66 wyroku w sprawie Kolin i pkt 66 wyroku w sprawie Qingdao). (...) 6.2. Wykonawcom z państw nieobjętych dyrektywą nie przysługują żadne prawa wynikające z unijnego prawa zamówień publicznych, w tym wymogi przejrzystości i proporcjonalności zapisane w prawie UE i transponowane do krajowego porządku prawnego. Właściwe organy krajowe mogą wskazać inne przepisy krajowe (niebędące transpozycją unijnego prawa zamówień publicznych), na których mogliby polegać tacy wykonawcy. Planowana nowelizacja Pzp jakkolwiek będąca obecnie w okresie vacatio legis uwzględnia konieczność dostosowania także przepisów dotyczących dopuszczalności wniesienia odwołania (art. 505 ust. 1a Pzp) do zgodności z prawem Unii i zakłada wprowadzenie regulacji wyłączających dostęp wykonawców z państw trzecich do środków ochrony prawnej.*

Powyższe rozważania znalazły również potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 23 czerwca 2025 r., w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 26/25 zapadłym w stanie faktycznym, w którym postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed wydaniem ww. wyroków TSUE, a zamawiający nie zawarł w dokumentach zamówienia postanowień, które ograniczałyby dostęp do udziału w postępowaniu wykonawcom z państw trzecich innych niż Federacja Rosyjska. Sąd zmieniając zaskarżone orzeczenie odrzucił odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony i zważył, że podmioty z państw trzecich nie są uprawnione do powoływania się ani na dyrektywę klasyczną ani na dyrektywę odwoławczą, a więc i na przepisy krajowe dotyczące odwołań, które tą dyrektywę implementują.

Odrzucając odwołanie Izba miała na względzie, że orzeczenia TSUE wydane w trybie prejudycjalnym stanowią wykładnię prawa unijnego, są wiążące i mają skutek *ex tunc*, co oznacza, że niezależnie od obecnych uregulowań dotyczących środków ochrony prawnej w Pzp, wykonawcom z państw trzecich, które nie zawarły z Unią Europejską umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych, odwołanie nie przysługuje i nie przysługiwało również przed wydaniem ww. orzeczeń TSUE.

Zdaniem Izby, na konieczność odrzucenia odwołania nie miało również wpływu to, że odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z których dwa podmioty miały siedzibę w Rzeczypospolitej Polskiej, a jeden podmiot w państwie trzecim. Skoro wykonawcy wspólnie ubiegali się o udzielenie zamówienia, złożyli jedną ofertę to siłą rzeczy wniesli odwołanie wspólnie. Uznanie w takiej sytuacji, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony, gdy jednemu podmiotowi spośród trzech, jako pochodzącemu z państwa nieobjętego dyrektywą nie przysługiwało prawo do odwołania na mocy przepisów krajowych transponujących

prawodawstwo UE, stanowiłoby zdaniem Izby obejście przepisów unijnych w zakresie dopuszczalności wniesienia środka ochrony prawnej. Dlatego też Izba stwierdziła, że całemu konsorcjum należy odmówić prawa do odwołania jako podmiotowi nieuprawnionemu do jego wniesienia, co znalazło odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia.

Odwołujący w piśmie z 28 sierpnia 2025 r. podniósł argument odnoszący się do przepisów intertemporalnych określonych w art. 3 i 4 ustawy nowelizacyjnej 25 sierpnia 2025 r. (poz. 1165). Jego zdaniem z przepisów intertemporalnych wynikało po pierwsze, że ograniczenie dostępu wykonawców z państw trzecich do zamówień publicznych będzie miało zastosowanie dopiero do postępowań wszczętych od dnia wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej – co wynika z jej art. 3 ust. 1, ponieważ do postępowań wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie nowelizacji stosuje się przepisy dotychczasowe (z wyjątkami przewidzianymi w art. 3). A ponadto w ramach zapewnienia pewności obrotu i ochrony praw nabytych ustawodawca przewidział również szczególne zasady w zakresie korzystania ze środków ochrony prawnej (art. 4 ust. 1 i ust. 2 ustawy nowelizacyjnej). Izba nie zgodziła się z argumentacją odwołującego. Po pierwsze jak już określono powyżej, orzeczenia TSUE wydane w trybie prejudycjalnym stanowią wykładnię prawa unijnego, są wiążące i mają skutek *tunc*. Po drugie w uzasadnieniu ustawy nowelizacyjnej wskazano:

W związku ze zmianami w ustawie Pzp w projekcie przewidziane zostały przepisy przejściowe. Zgodnie z art. 3 ust. 1 projektu ustawy do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowań o zawarcie umowy ramowej wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie tej ustawy stosuje się przepisy ustawy Pzp, w brzmieniu dotychczasowym, z tym że zgodnie z projektowanym art. 3 ust. 1 pkt 1 przepis art. 16a ustawy Pzp będzie miał zastosowanie również do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowań o zawarcie umowy ramowej wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy. Należy zaznaczyć, że przepis ten ma na celu jedynie podkreślenie, że norma wyrażona w art. 16a zmienianej w art. 1 ustawy Pzp ma nadal zastosowanie, gdyż norma ta wynika z art. 25 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE oraz art. 43 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE. A zatem sam fakt przywołania w przepisie przejściowym przepisu wprowadzającego tę normę nie oznacza dokonywania zmiany w stosunku do norm, które miały dotychczas zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych, a niezakończonych przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy, ale służy jedynie podkreśleniu, że norma ta, wynikająca z obowiązujących przepisów prawa Unii Europejskiej, mimo zmiany dotychczasowego brzmienia przepisów ustawy Pzp jest obowiązująca i ma nadal zastosowanie w tych postępowaniach. Takie rozwiązanie pozwoli tym samym rozwiać wątpliwości co do tego, że projektowane przepisy nie wprowadzają nowych reguł funkcjonowania rynku zamówień publicznych w stosunku do tych, które są określone dyrektywami UE. Wyrok TSUE w sprawie C-652/22 Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ jest orzeczeniem wydanym w trybie prejudycjalnym, w którym nie zostały określone szczególne reguły czasowe dotyczące skutków tego wyroku. Zatem z wyroku tego wynika jedynie to, że Trybunał potwierdził, jak należało i należy interpretować przepisy obowiązujących dyrektyw, a co za tym idzie implementujące je przepisy krajowe. Stąd implementowane w art. 16a ustawy Pzp przepisy art. 25 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE oraz art. 43 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE będą miały zastosowanie również do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowań o zawarcie umowy ramowej wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy. Inne zasady są niezbędne natomiast w przypadku, gdyby zamawiający chciał skorzystać z możliwości zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ograniczeń, o których mowa w projektowanym art. 16b ustawy Pzp, ponieważ wiąże się to z podjęciem przez zamawiającego czynności związanych z zamieszczeniem stosownych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z projektowanym art. 3 ust. 1 pkt 2 zamawiający do czasu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowania o zawarcie umowy ramowej może odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5a ustawy Pzp, również w przypadku ponownej oceny ofert. Przepis ten będzie miał również zastosowanie do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Analogiczne założenia leżą u podstaw projektowanych przepisów przejściowych odnoszących się do konkursów, dynamicznego systemu zakupów i systemu kwalifikowania wykonawców (projektowany art. 3 ust. 3 i 4).

Zgodnie z art. 553 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Wobec powyższego, Izba na podstawie art. 528 pkt 1 i 2 Pzp wydała postanowienie orzekając jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1, § 5 pkt 1, pkt 2 lit. b i § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Zgodnie z art. 557 Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, stosownie zaś do art. 575 Pzp

strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu

o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości równej progom unijnym, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp lub przekraczającej te progi, wynosi 20 000 zł. Zgodnie z § 5 pkt 1

i pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis,

a uzasadnione koszty strony obejmują wynagrodzenie pełnomocnika. Stosownie zaś do § 8 ust. 1 ww. rozporządzenia w przypadku odrzucenia odwołania koszty ponosi odwołujący,

a Izba zasądza koszty, o których mowa § 5 pkt 2 lit. b. Zgodnie z tymi przepisami Izba zobowiązana była obciążyć kosztami postępowania odwołującego, zaliczając na ich poczet kwotę 20 000 zł, którą odwołujący uiścił tytułem wpisu od odwołania. Jednocześnie Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika (na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem posiedzenia).

Przewodniczący:.....

.....

.....